

الضمانات

في الصكوك الإسلامية

إعداد

د. عبد الله بن محمد العمراني

أستاذ الفقه المشارك

كلية الشريعة بالرياض

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

يعتبر موضوع الضمانات في الصكوك الإسلامية من أهم القضايا في التعامل بالصكوك الإسلامية، وذلك لزن الأساس الذي تقوم عليه فكرة إصدار الصكوك هو إيجاد أداة بديلة عن سندات الفائدة، تماثلها في مزاياها، ومن أهم ما يميز السندات أنها ورقة مالية منخفضة المخاطرة بسبب ضمانها لرأس المال والربح وبذلك فقد اعتبرت قضية ضمان الصكوك وأرباحها إحدى المسائل الفقهية الشائكة التي تتطلب حلولاً وصيغاً فقهية مناسبة.

ومن هنا نشأ الإشكال في هيكلية الصكوك، إذ إن الصكوك وثائق متساوية القيمة تمثل حصصاً شائعة في ملكية أعيان أو منافع أو خدمات أو في ملكية موجودات مشروع معين أو نشاط استثماري خاص، ولذلك قامت المصارف الإسلامية بمحاولة تقليص المخاطر التي في الصكوك لتقربها من مستوى مخاطر السندات، حتى تصنف وتسعر بنفس آليات تصنيف السندات وتسعيرها، ذلك أن التصنيف الائتماني للأوراق المالية غاية في الأهمية للاعتراف بالورقة المالية وإدراجها.

كما أن ظهر في حقل التمويل في العقود الأخيرة ما يسمى بالتمويل المهيكل، والذي يتم من خلاله توزيع مخاطر التمويل على عدة أطراف من خلال استحداث شركة أو عدة شركات ترتبط فيما بينها ومع غيرها بمجموعة من الاتفاقيات. ويعد التصكيك من أبرز أنواع التمويل المهيكل.

ويسعدني الكتابة في هذا الموضوع المهم موضوع الضمانات في الصكوك الإسلامية، ويعرض هذا البحث أهم الضمانات المقترحة للصكوك الإسلامية، ودراستها من الناحية الشرعية.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

المبحث الأول

تعريف الضمانات في الصكوك الإسلامية

أولاً: تعريف الضمانات:

تعريف الضمان لغة:

الضمان مصدر ضمنت الشيء أضمنه ضماناً^(١) ، وهو مشتق من (ضمن). جاء في معجم مقاييس اللغة: (الضاد والميم والنون أصل صحيح، وهو جعل الشيء في شيء يحويه. ومن ذلك قولهم: ضمنت الشيء، إذا جعلته في وعائه. والكفالة تسمى ضماناً من هذا لأنه كأنه إذا ضمنه فقد استوعب ذمته)^(٢).

وللضمان في اللغة عدة معان^(٣)، منها:

- ١ - الالتزام، يقال: ضمنت المال أي: التزمته.
- ٢ - التغريم، يقال: ضمنت المال تضميناً، أي: غرمته إياه.

تعريف الضمان في اصطلاح الفقهاء.

يطلق لفظ الضمان عند الفقهاء على عدة معان:

(١) ينظر تهذيب الأسماء واللغات (١/١٨٣).

(٢) لابن فارس (٣/٣٩٥). وينظر: الصحاح (٦/٢١٥٥).

(٣) ينظر: الصحاح (٦/٢١٥٥)، المغرب (ص ٢٨٥)، المصباح المنير (ص ٢٩٧)، لسان العرب (٢٩/٢٦١٠).

الكفالة بمعنى ضم ذمة الضامن إل ذمة المضمون عنه في التزام الحق^(١).

٣- غرامة الإنسان ما باشره أو تسبب فيه من الإلتلافات والغصوب والعيوب والتغيرات

الطارئة^(٢).

٤- الالتزام بالقيام بعمل^(٣).

٥- تحمل تبعة الهلاك والتعب^(٤).

مما تقدم يمكن التنبيه إلى أن الضمان عند الفقهاء يطلق بمعناه الأخص ويعني: ضم ذمة إلى أخرى في التزام الحق، وهو مرادف للكفالة بالمال أو بالبدن.

كما يطلق الضمان بمعناه الأعم، ويعني: شغل الذمة بما يجب الوفاء به، فيكون بهذا الاصطلاح مرادفاً للمعنى اللغوي، أي الالتزام، سواء أكان التزاماً بالمال أو بالنفس، وسواء أكان بعقد أو دون عقد، وسواء أكان بالتزام من المكلف أم بإلزام من الشارع^(٥).

ويقصد بضمان رأس المال في الصكوك: التزام المصدر بسلامة رأس المال لصاحب الصك.

(١) ينظر: مواهب الجليل (٩٦/٥)، تحفة المحتاج (٢٤٠/٥). كشف القناع (٣٦٢/٣). والحنابلة يخصون لفظ الكفالة بالتزام إحضار بدن

المدين، مع موافقتهم للمالكية والشافعية في إطلاق لفظ الضمان على الكفالة بالمعنى المذكور. ينظر: كشف القناع (٣٧٥/٣).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٢٠٨/٦)، المدونة (١٧٠/٤)، الأم (٢٥٢/٣)، كشف القناع (٩٨/٤)، الموسوعة الفقهية (٢١٩/٢٨).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٦٢/٦)، كشف القناع (٣٤/٤)، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء (ص ٢٩٢).

(٤) ينظر: المبسوط (٩/١٣)، الكافي في فقه أهل المدينة (ص ٣٦٧)، الحاوي الكبير (٢٢١/٥)، المبدع (١٣/٤).

(٥) ينظر: الضمان في الفقه الإسلامي لعلي الخفيف (٥/١).

الألفاظ ذات الصلة بالضمان:

المخاطرة.

المخاطر في اللغة مأخوذة من الخطر، ومن معاني الخطر في اللغة: الإشراف على الهلاك، وخوف التلف، والمراهنة^(١). وهذه المعاني تدور حول التردد والاحتمال بين وقوع الشيء وعدم وقوعه.

وفي الاصطلاح يطلق لفظ المخاطرة على هذه المعاني اللغوية^(٢).

قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: (الخطر خطران: خطر التجارة، وهو أن يشتري السلعة يقصد أن يبيعها بربح ويتوكل على الله في ذلك، فهذا لا بد منه للتجار، والتاجر يتوكل على الله، يطلب منه أن يأتي من يشتري السلعة وأن يبيعها بربح، وإن كان قد يخسر أحياناً، فالتجارة لا تكون إلا كذلك، والخطر الثاني: الميسر الذي يتضمن أكل مال الناس بالباطل، فهذا الذي حرمه الله ورسوله)^(٣).

ولا يطلق الخطر على الأمر المحذور إلا قبل وقوعه فإذا وقع لم يسم خطراً (فالخطر مفهوم احتمالي، وهو ناتج عن جهل الإنسان وقصور علمه بحقائق الواقع، وإلا فإن الخسارة إما أن توجد أو لا توجد، ولا واسطة بين الأمرين... فالخطر مفهوم مجرد لا يوجد إلا في الأذهان ولا يمكن أن يوجد في الأعيان... وهو

(١) ينظر: المصباح المنير (ص ١٤٧)، لسان العرب (١١٩٦/١٤).

(٢) ينظر: المبسوط (١٥٨/٣٠)، المدونة (١٥/٣)، الفروع (٢٤/٤)، الموسوعة الفقهية (٢٠٥/١٩).

(٣) تفسير آيات أشكلت (٧٠٠/٢).

ينافي ما يوجد في الخارج ابتداءً، لأنه إذا تعين أحد الاحتمالات انتفى الباقي بالضرورة وزال من ثم مفهوم الخطر^(١).

والعلاقة بين المخاطرة والضمان: أن المخاطرة جزء من تبعة الهلاك التي يتحملها الضامن، وذلك أن الضمان يشمل تحمل مخاطر الملكية وهي احتمال وقوع الهلاك والخسارة بالمال أثناء حيازتها له، كما يشمل تحمل آثار الهلاك والخسارة بعد وقوعها وهذا القدر لا يسمى مخاطرة، فيكون تحمل المخاطرة جزءاً من الضمان.

• الغرم.

الغرم في اللغة يأتي على معانٍ، منها: ما يلزم أداؤه، والهلاك والخسارة^(٢).

وفي اصطلاح الفقهاء يطلق لفظ الغرم على هذين المعنيين اللغويين^(٣).

والعلاقة بين الغرم والضمان: أن الضمان هو تحمل الغرم.

• الالتزام

الالتزام لغة: الثبات والدوام، من لزم الشيء يلزم لزوماً أي: ثبت ودام، ولزمه المال: وجب عليه. وألزمته المال والعمل فالتزمه.

(١) التحوط في التمويل الإسلامي (ص ٦٩-٧٠).

(٢) ينظر: النهاية في غريب الحديث والأثر (٣/٣٦٣)، المصباح المنير (٣٦٣)، لسان العرب (٣٧/٣٢٤٧).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٦/١٥٤)، التمهيد (١٨/٢٠٠)، مواهب الجليل (٦/٢٣٦)، الأم (٣/١٧٠)، كشف القناع (٥/٩٩)، الموسوعة

الفقهية (٣١/١٤٧).

ويعرف الالتزام بأنه: إلزام الشخص نفسه ما لم يكن لازماً، أو واجبا عليه من قبل.

والعهد من أنواع الالتزام.

والإلزام: الإثبات والإدانة، فالإلزام سبب الالتزام، سواء أكان ذلك بإلزام الشخص نفسه شيئاً أم

بإلزام الشارع له.

واللزوم: الثبوت والدوام، فاللزوم يصدق على ما يترتب على الالتزام.

والحق اصطلاحاً هو موضوع الالتزام وما يقابله أي ما يلتزم به الإنسان تجاه الله أو تجاه الناس^(١).

والالتزام قد يكون محله أمراً مشروعاً أو محظوراً، فالالتزام البائع بتسليم المبيع للمشتري، والالتزام

المستعير والمستأجر بعدم التعدي في استعمال العين المعارة والمؤجرة، والالتزام الزوج أن لا يتزوج على زوجته أو

أن لا يخرجها من بلدها بموجب الشرط في عقد النكاح، كل ذلك من قبيل الالتزام بأمر مشروع.

أما التزام المقترض بزيادة ربوية، والالتزام المحلل في نكاح التحليل للزوجة أو لزوجه الأول بطلاقها،

فهذا يعد من قبيل الالتزام بأمر محظور^(٢).

والالتزام مرادف للضمان بمعناه الأعم وهو: شغل الذمة بما يجب الوفاء به، سواء أكان التزاماً بالمال أم

بالنفس، وسواء أكان بعقد أم دون عقد، وسواء أكان بالالتزام من المكلف أم بإلزام من الشارع.

● التحوط.

(١) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية (الالتزام).

(٢) ينظر: المدخل الفقهي العام للزرقا (١/٤٣٦).

التحوط: مأخوذ من الحيطه - بالفتح والكسر -، يقال: حاطه بمعنى: حفظه وصانه وتعهده.

والفقههاء يستخدمون لفظ الحيطه، أو الاحتياط، والأغلب استخدام هذه الألفاظ في أبواب العبادات.

ومصطلح التحوط (hedging) في الأسواق المالية المعاصرة يعني تجنب المخاطر قدر الإمكان^(١)، ويتم

ذلك من خلال جملة من العقود المسماه بعقود التحوط.

والتحوط ليس ضماناً بالمعنى الخاص ولا العام، وإنما يكون ببذل الوسع في تجنب المخاطر، والوقاية منها.

ثانياً: تعريف الصكوك:

الصكوك في اللغة: مادة الكلمة تدور على معنيين:

المعنى الأول: الضرب بشدة جاء في معجم مقاييس اللغة^(٢): (الصاد، والكاف أصل يدل علي تلاقي

شيئين بقوة وشدة...).

● المعنى الثاني: الكتاب، جاء في لسان العرب^(٣) (الصك: الكتاب فارسي معرب). وفي المغرب^(٤):

(وأما الصك لكتاب الإقرار بالمال أو غيره فمعرب).

الصكوك في الاصطلاح: جاء تعريف صكوك الاستثمار اصطلاحاً في معايير هيئة المحاسبة^(١) بأنها:

(اوثائق متساوية القيمة تمثل حصصاً شائعة في ملكية أعيان أو منافع أو خدمات أو في موجودات مشروع

(١) ينظر: التحوط في التمويل الإسلامي د. سامي السويلم (ص ٦٦).

(٢) لابن فارس (٢٦٧/٣).

(٣) لابن منظور (١٠/٤).

(٤) المغرب للمطرزي (٤٧٨/١).

معين أو نشاط استثماري خاص، وذلك بعد تحصيل قيمة الصكوك وقفل باب الاكتتاب وبدء استخدامها فيما أصدرت من أجله).

وعرف مجلس الخدمات المالية الإسلامية^(٢) الصكوك بأنها: (شهادات يمثل كل صك منها حق ملكية لنسبة مئوية شائعة في موجودات عينية، أو مجموعة مختلفة من الموجودات العينية، وغيرها قد تكون الموجودات في مشروع محدد أو نشاط استثماري معين، ويشترط أن يكون المشروع أو النشاط متفقاً مع أحكام الشريعة الإسلامية).

وجاء تعريف مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي^(٣) للتصكيك والتوريق: (المقصود بالتوريق، والتصكيك: التوريق التقليدي تحويل الديون إلى أوراق مالية (سندات) متساوية القيمة قابلة للتداول، وهذه السندات تمثل ديناً بفائدة لحاملها في ذمة مصدرها ولا يجوز إصدار هذه السندات ولا تداولها شرعاً، أما التصكيك (التوريق الإسلامي) فهو إصدار وثائق أو شهادات مالية متساوية القيمة تمثل حصصاً شائعة في ملكية موجودات (أعيان أو منافع أو حقوق أو خليط من الأعيان والمنافع والنقود والديون) قائمة فعلاً أو سيتم إنشاؤها من حصيلة الاكتتاب، وتصدر وفق عقد شرعي وتأخذ أحكامه).

فالصكوك أوراق مالية محددة المدة، تمثل حصصاً شائعة في ملكية أعيان أو منافع أو خدمات أو في موجودات مشروع معين أو نشاط استثماري خاص، تصدر وفق عقد شرعي تأخذ أحكامه.

(١) المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (ص ٣١٠).

(٢) المعيار رقم (٧)، ينظر: www.ifsb.org.published.php

(٣) الدورة التاسعة عشرة، القرار رقم (١٩/٤) (١٧٨).

المبحث الثاني

أنواع الضمانات في الصكوك الإسلامية

وأحكامها الفقهية

المسألة الأولى: الالتزام بضمان القيمة الاسمية للصك^(١):

يعتبر التزام المصدر أو مدير موجودات الصكوك بضمان رأس مال حملة الصكوك، أو الالتزام بشراء أصول صكوك المضاربة أو المشاركة أو الوكالة بالاستثمار بالقيمة الاسمية، من أولى الطرق والوسائل التي اشتملت عليها بعض إصدارات الصكوك، وقد صدرت بتحريمها جملة من القرارات والفتاوى الجمعية، مثل: قرار مجمع الفقه الإسلامي ذي الرقم: ١٧٨ (١٩/٤)^(٢)، والذي نص على أن: (مدير الصكوك أمين لا يضمن قيمة الصك إلا بالتعدي أو التقصير أو مخالفة شروط المضاربة أو المشاركة أو الوكالة في الاستثمار)، وفيه: (لا يجوز إطفاء الصكوك بقيمتها الاسمية بل يكون الإطفاء بقيمتها السوقية أو بالقيمة التي يتفق عليها عند الإطفاء).

(١) المقصود بالقيمة الاسمية: القيمة التي تحدد للصك عند إصداره، ومجموع قيم هذه الصكوك هو رأسمال الصندوق، وإذا وجد تعهد من مصدره أو مديره فهو غير جائز، لأنه غرر ممنوع شرعاً وهذا يفقد الصكوك الإسلامية أهم خصائصها التي تميزت بها من حيث كونها أدوات مالية استثمارية مشروعة، ويدخلها في دائرة السندات المحرمة وحامل الصك مالك له، له غنمه وعليه غرمه وهذا الذي يحقق معنى الملكية الحقيقية في الصكوك الإسلامية. ينظر: ضمانات الصكوك الإسلامية، د. حمزة الفعر (ص ٣٣٣).

(٢) الصادر عن مؤتمر الجمع في دورته التاسعة عشرة المنعقد في إمارة الشارقة بدولة الإمارات العربية المتحدة، من ١ إلى ٥ جمادى الأولى

١٤٣٠ هـ، الموافق ٢٦-٣٠ نيسان (إبريل) ٢٠٠٩ م.

كذلك فقد نصت الفقرة (٧/٨/١/٥) من معيار صكوك الاستثمار - المعيار السابع عشر - الصادر عن المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية على الآتي: (أن لا تشمل النشرة على أي نص يضمن به مصدر الصك لمالكه قيمة الصك الاسمية في غير حالات التعدي أو التقصير، ولا قدرأً معيناً من الربح"، وهو ما أكدته بيان المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة الصادر في البحرين عام ١٤٢٩هـ، والذي جاء فيه: (لا يجوز للمضارب أو الشرك أو وكيل الاستثمار أن يتعهد بشراء الأصول من حملة الصكوك أو ممن يمثلهم بقيمتها الاسمية عند إطفاء الصكوك في نهاية مدتها...)).

وعلى ذلك فلا يجوز ضمان مصدر الصكوك قيمة الصك (رأس المال) ولا مقداراً محدداً من الأرباح، سواء أكان ذلك بصيغة الالتزام أو التعهد أو الوعد الملزم، وكذلك فلا يجوز التزام المصدر أو تعهده أو وعده وعداً ملزماً بشراء أصل الصكوك (أو ما تمثله الصكوك) بالقيمة الاسمية للصك عند إطفاء الصكوك، أو إنهاؤها قبل حلول أجل إطفائها لأي من الظروف الطارئة^(١).

وقد انعقد الإجماع على أن يد المضارب يد أمانة لا تضمن إلا بالتعدي والتفريط^(٢)، بل وذهب جماهير أهل العلم من الحنكية^(٣)، والمالكية^(٤)، والشافعية^(٥)، والحنابلة^(٦) إلى عدم جواز اشتراط تضمين

(١) ينظر: ملكية حملة الصكوك، د. حامد ميرة ص ١٥.

(٢) ومن حكي الإجماع من أهل العلم: الإمام ابن عبد البر في الاستذكار (١٢٤/٢١)، وشيخ الاسلام ابن تيمية في مجموع الفتاوى (٨٢/٣٠).

(٣) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم (٢٨٨/٧).

(٤) ينظر: المنتقى شرح الموطأ، الباجي (٧٢/٧)، الشرح الصغير، الدردير (٦٨٧/٣-٦٨٨).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير، الماوردي (٣٧١/٧).

(٦) ينظر: الإنصاف، المرادوي (١١٣/٦)، كشف القناع، البهوتي (١٩٦/٣).

المضارب في حال عدم تعديه أو تفريطه، وحكموا بفساد هذا الشرط، لأن اشتراط ضمان رأس المال على المضارب يقلب العقد من مضاربة إلى قرض، ويحول المضارب من كونه وكيلًا أمينًا إلى كونه مقترضًا ضامنًا، فتؤول المضاربة بذلك إلى قرض جر نفعًا. بل إن بعض أهل العلم نفى وجود خلاف في بطلان اشتراط ضمان المضارب، ومن ذلك قول ابن قدامة - رحمه الله - : (متى شرط على المضارب ضمان المال، أو سهما من الوضيعة فالشرط باطل. لا نعلم فيه خلافاً) (١).

وقد أثبتت في معاملات المضرفية الإسلامية مسألة تضمين يد الأمانة بالشرط، والمتقرر لدى الفقهاء أن الأساس الفقهي يمنع الضمان إلا بالتعدي أو التفريط، لكن بعض الباحثين (٢) لحفظ اختلاف الفقهاء في عدد من المسائل في موضوع ضمان الأمين وانتهى إلى القول بإمكانية تضمين البنوك الإسلامية، بناء على جواز اشتراط الضمان في عقود الأمانة.

وفيما يأتي أبرز الأدلة لهذا الرأي والمناقشات الواردة عليه:

الدليل الأول: أنه لم يثبت في شيء من نصوص الكتاب والسنة ما يدل على أن يد الأمانة لا يجوز تضمينها بالشرط، كما أن الأصل في الشروط المقترنة بالعقد الجواز والصحة.

المناقشة: أن اشتراط ضمان المضارب - مثلاً - يفضي إلى الوقوع في الربا وأكل المال بالباطل، وقد تضافرت الأدلة في الكتاب والسنة على تحريم ذلك.

(١) المغنى (١٧٦/٧).

(٢) ينظر: مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي، د. نزيه حماد (ص ٢١) وما بعدها.

الدليل الثاني: حديث (بل عارية مضمونة)^(١).

وجه الدلالة: أن العارية في الأصل غير مضمونة إلا بالتعدي أو التفريط، لأنها عقد أمانة لكن التزام النبي (صلى الله عليه وسلم) بضمانها دليل على جواز اشتراط ضمان ما ليس مضموناً في الأصل.

المناقشة: أن هذا القياس لا يصح، لأنه قياس مع الفارق، فإن المضارب أطلق له التصرف في رأس المال على وجه لا يختص هو بمنفعته بخلاف العارية.

الدليل الثالث: جوز تطوع الأمين بالتزام الضمان بعد تمام العقد في المشهور عند المالكية، وعليه، فإذا صح التزامه بعد العقد فإنه يصح التزامه به في العقد.

المناقشة: أن هناك فرقاً ظاهراً بين الصورتين بحيث لا يمكن القياس والتخريج، وذلك أن مسألة إجازة تطوع الأمين بعد العقد من باب التبرعات، بخلاف اشتراط الضمان على المضارب عند التعاقد فهو من باب المعاوضة والشروط التي تخالف مقتضى العقد.

إلى غير ذلك من الأدلة التي لم تسلم من المناقشة والتي لا تصلح مستنداً للقول بجواز اشتراط الضمان على جهة إصدار الصكوك لما فيها من مخالفة تؤدي إلى الوقوع في المحاذير الشرعية.

المسألة الثانية: تضمين المصدر باعتباره مضارباً مشتركاً:

أثيرت فكرة المضاربة المشتركة في المصرفية الإسلامية،^(٢) وكان الهدف الأساسي هو تضمين المصرف باعتباره مضارباً مشتركاً قياساً على تضمين الأجير المشترك. ولما كانت جهة الإصدار في الصكوك

(١) أخرجه أحمد (٤٠١/٣)، وصححه الحاكم ووافقه الذهبي، ينظر: نصب الرأية (١١٦/٤) والتلخيص الحبير (٥٢/٣).

(٢) كان أول من أثار الفكرة د. سامي حمود - رحمه الله - ينظر: تطوير الأعمال المصرفية (ص ٤٢٨).

الإسلامية تقوم بالحصول على الاكتتاب من خلال مجموعة من المستثمرين الذين يقدمون المال بصورة فردية، ثم تعيد استثمار المال الذي اجتمع بصورة مشتركة في تمويل عدد من المشروعات، ظهرت فكرة تضمين جهة الإصدار بناء على كونها مضارباً مشتركاً قياساً على تضمين الأجير المشترك^(١) واستشهاداً لنصوص بعض الفقهاء ومنها ما جاء في بداية المجتهد (ولم يختلف هؤلاء المشاهير من فقهاء الأمصار أنه إن دفع العامل رأس مال القراض إلى مقارض آخر أنه ضامن إن كان خسران، وإن كان ربح فذلك على شرطه، ثم يكون للذي عمل شرطه على الذي دفع إليه، فيوفيه حظه مما بقي من المال)^(٢).

ويترتب على هذه الفكرة: أن جهة إصدار الصكوك ما دامت تستثمر المال عن طريق المضاربة المشتركة، فإنها ضامنة لما في يدها من أموال المستثمرين.

(١) اختلف الفقهاء في تضمين الأجير المشترك على قولين:

القول الأول: أن الأجير المشترك يضمن ولو لم يتعد أو يفرط وهو قول صاحبين من الحنفية والمالكية والحنابلة وقول عند الشافعية وهو قضاء عمر وعلي (رضي الله عنهما).

والقول الثاني: أن الأجير المشترك لا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط مثل الأجير الخاص وهو قول أبي حنيفة وزفر والشافعية وقول عطاء وطاؤوس واختاره ابن حزم. ينظر: بداية المجتهد لابن رشد (٢٣٢/٢) والمغني لابن قدامة (١٠٣/٨)، والمحلى لابن حزم (٢٠١/٨) ووجه الدلالة بتضمين الأجير المشترك: المصلحة يقول الشاطبي في الاعتصام (٢٠/٣) (وجه المصلحة فيه أن الناس لهم حاجة إلى الصناعات، وهم يغيبون عن الأمتعة في غالب الأحوال، والأغلب عليهم التفريط وترك الحفظ، فلو لم يثبت تضمينهم مع مسيس الحاجة إلى استعمالهم لأفضى ذلك إلى أحد أمرين: إما ترك الاستصناع بالكلية، وذلك شاق على الخلق، وإما أن يعملوا ولا يضمّنوا ذلك بدعواهم المهلاك والضياح فتضيع الأموال ويقل الاحتراز وتتطرق الخيانة، فكانت المصلحة التضمين).

(٢) لابن رشد (٢٤٢/٢)

المناقشة:

أولاً: بالتأمل في هذه الفكرة يتضح أن فكرة المضاربة المشتركة لا تختلف في حقيقتها الفقهية عن المضاربة التي ذكرها الفقهاء، ولا تخرج أحكامها وضوابطها الفقهية عن أحكام عقد المضاربة، والفقهاء تحدثوا عن المضاربة بين طرفين، وتحدثوا كذلك عن المضاربة الجماعية التي يدفع فيها جماعة المال إلى مضارب واحد، وعليه، فإن إلحاق المضاربة المشتركة بأحكام المضاربة الجماعية أوفق من إلحاقها بالأجير المشترك ومما يؤكد عدم صحة قياس المضارب المشترك على الأجير المشترك ما يأتي:

- ١- أن هذا القياس قياس على حكم مختلف فيه، والخلاف في تضمين الأجير المشترك خلاف معروف، فتبين أن هذا القياس على حكم لم يثبت في المقيس عليه فلا يكون قياساً صحيحاً.
- ٢- أن الملاحظ في تضمين الأجير المشترك مظنة إهمال الأجير وتفريطه في الغالب، وهذا يخالف طبيعة عمل المؤسسات المالية التي تقوم على الحرص والدقة والمشاركة في الاستثمار ووحدة المصالح.
- ٣- أن المال في عقد المضاربة الخاصة والمشاركة معرض للربح والخسارة، بخلاف المال الذي عند الأجير المشترك فليس عرضة للتلف من حيث الأصل.
- ٤- أن الإجارة في عمل الأجير المشترك تكون مقابل أجر معلوم محقق، بخلاف المضارب، فإن مقابل عمله ربح غير محقق فكان قياساً مع الفارق.

٥- أن هذا القياس يلزم منه تضمين سائر الأمناء في جميع العقود كالوديعة والوكالة، فدل ذلك على عدم صحة هذا القياس^(١).

ثانياً: يناقش الاستشهاد بكلام ابن رشد - رحمه الله - بأنه جاء في سياق أحكام الطوارئ المتعلقة بالمضاربة، والتي تخالف الأصل ولا تجري وفق القاعدة العامة، كما أن سياق الكلام هو في تصرف العامل بالمال بغير إذن رب المال فيما يجب فيه الإذن.

وبهذا يتضح أن فكرة تضمين جهة إصدار الصكوك باعتبارها مضارباً مشتركاً لا تقوم على دليل صحيح يمكن الاستناد إليه في معارضة النصوص التي تدل على أن الأصل أن المضارب لا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط. وإن المتسق مع أحكام الشريعة في تضمين المضارب هو تضمينه في المضاربة المقيدة عند مخالفته التقييد، وذلك عندما توضع ضوابط وقيود على جهة الإصدار في عقد إصدار الصكوك بما يحفظ مال المضاربة من التعدي أو التفريط، مثل تقييد المضارب بعدم الاستدانة من مال المضاربة، أو الوهن أو دفعه لمضارب آخر... إلخ.

المسألة الثالثة: تبرع جهة الإصدار بضمان الصكوك:

كانت فكرة التبرع بالضمان من الحلول المقترحة لضمان الاستثمار في بدايات المصرفية الإسلامية^(٢) وهي على تخريجين:

(١) ينظر: مشكلة الاستثمار في البنوك للصاوي (ص ٥٩١)، والصكوك للشعي (ص ٢٧٢).

(٢) ينظر: البنك اللاروي د. محمد الصدر (ص ٣١).

التخريج الأول: تستند هذه الفكرة على أن البنك جهة وسيطة بين (المستثمرين)، وبين الجهات المستفيدة من هذه الأموال، وبهذا فإن ضمانها للخسارة ليس من ضمان العامل لرأس المال، وإنما هو جهة ثالثة يمكنها أن تبرع لصاحب المال بضمان ماله.

المناقشة: نوقشت هذه الفكرة من عدة أوجه منها:

- ١- أن قيام المصرف بدفع مبالغ الودائع الاستثمارية إلى الجهات المستفيدة أمر يتفرع عن تمام التعاقد، وكون المصرف وسيطاً لا يغير من كونه عاملاً في رأس مال المستثمرين^(١).
- ٢- أن دعوى أن المصرف الإسلامي مجرد وسيط غير مسلمة، بدليل أن المصرف يأخذ من أرباح الأموال المستثمرة^(٢).
- ٣- على التسليم بأن المصرف وسيط بين المستثمرين والجهات المستفيدة، فإنه لا يجوز له الضمان حينئذ، لكي لا يجمع بين عقد تبرع ومعارضة حتى لا يكون حيلة على أخذ الأجر على الضمان^(٣).

التخريج الثاني: بناء على أن المصرف متبرع بالضمان من غير شرط ومن غير أن يذكر في العقد أو في نشرة الإصدار أو لائحة الاستثمار. ويؤيد ذلك ما جاء عن بعض المالكية من جواز تطوع العامل بالضمان

(١) ينظر: تطوير الأعمال المصرفية د. سامي محمود (ص ٤٠٠).

(٢) ينظر: المصارف الإسلامية للهيبي (ص ٤٨٩).

(٣) ينظر: الربا للسعيد (ص ١١٧٤).

في المضاربة. جاء في حاشية الدسوقي: (وأما لو تطوع العامل بالضمان ففي صحة ذلك القراض وعدمها خلاف) (١).

المناقشة: أن هذا غير مقبول لأن التبرع بالضمان - هنا - وإن لم ينص عليه في اتفاقية العاقد، فإن المصرف ملزم به، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً. وما ذكره بعض المالكية من جواز تطوع العامل بالضمان لا يصح الاستشهاد به في هذا الموضع، لأن مرادهم فيما إذا تطوع العامل بذلك بعد تمام العقد. وعلى ذلك فيجوز لجهة إصدار الصكوك أن تتبرع بضمان قيمتها الاسمية بعد التعاقد (٢) عند حصول الخسارة، مع التنبيه على أن ذلك الضمان إنما يصدر اختياراً من جهة الإصدار ودون مقابل، أو اشتراط من المكتتبين في الصكوك ومن خلال ما تقدم يلحظ على تطبيق فكرة تبرع جهة الإصدار بالضمان عند تقييدها بهذه القيود، أنها تكون في ظروف عارضة واستثنائية وقليلة الحدوث، ولا تصلح لأن تكون إجراءً دائماً متعارفاً عليه.

(١) (٥٢٠/٣).

(٢) لو أعلن المصرف أو جهة الإصدار عن تنازله عن الأجور التي يتقاضاه عادة فيما لو خسر المشروع فلا محذور فيه، لأنه ليس من ضمان رأس المال، وقد أجازت الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي عدداً من لوائح صناديقها الاستثمارية، والتي ينص فيها على هذا التعهد.

المسألة

الرابعة: التزام طرف ثالث بضمان الصكوك:

تعتبر فكرة التزام طرف ثالث بضمان الصكوك من أبرز الحلول المقترحة، وأكثرها انتشاراً وتطبيقاً في المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية خاصة وأن هذه الفكرة طبقت عملياً مع التجارب الأولى لإصدار الصكوك^(١). والتزام طرف ثالث بالضمان على حالين:

الحال الأول: أن يكون التزام الطرف الثالث بالضمان تبرعاً.

الحال الثانية: أن يكون التزام الطرف الثالث بالضمان مقابل عوض.

وفيما يأتي بيان ذلك:

الحال الأول: أن يكون التزام الطرف الثالث بالضمان تبرعاً.

وهذا هو الذي ينصرف إليه الكلام عند بحث هذه المسألة وهو الذي انتشر تطبيقه وكان مقترحاً لصكوك المقارضة في دورة المجمع عام ١٤٠٨ هـ، وقد يكون الطرف الثالث فرداً أو شركة أو جهة، والغالب أن يكون من الحكومة، والتي تهدف من ذلك إلى تشجيع الناس على الإسهام والمشاركة في مشروعات استثمارية ضمن الخطة التنموية، والتي قد يحجم عنها كثير من المستثمرين لولا وجود الضمان^(٢)، وهذا الالتزام ليس ضماناً بنية الرجوع على المضمون عنه، وليس ضماناً بأجر من جهة الإصدار أو المكتتبين في الصكوك هذا هو محل المسألة.

(١) ينظر: تصوير حقيقة سندات المقارضة د. سامي حمود (ص ١٩٨٢).

(٢) ينظر: ضمان رأس المال أو الربح في صكوك المضاربة د. حسين حامد حسان (ص ١٨٧٥).

وقد اختلف العلماء المعاصرون فيما إذا التزام طرف ثالث بالضمان تبرعاً، بلا مقابل على قولين:

القول الأول: ذهب بعض المعاصرين إلى تحريم ضمان رأس مال المستثمرين سواء كان الضامن هو العامل أو طرفاً ثالثاً^(١).

واستدلوا بأدلة، منها:

الدليل الأول: اتفاق الفقهاء على أن الضامن إنما يصح ضمانه لما هو مضمون على الأصل، كالقرض وثن المبيع، وأما ما لم يكن مضموناً على الأصل، فلا يصح ضمانه، مثل الوديعة، ورأس مال المضاربة، جاء في المغنى^(٢): (ويصح ضمان الأعيان المضمونة، كالمغصوب والعارية... فأما الأمانات كالوديعة والعين المؤجرة والشركة والمضاربة فهذه إن ضمنها من غير تعد فيها لم يصح، لأنها غير مضمونة على من هي في يده فذلك علي ضامنه).

ونوقش: بأن ذلك الشرط الذي ذكره الفقهاء وارد لحق المضمون عنه، إذ لا يصح للضامن أن يضمن حقاً ليس ثابتاً، ثم يطالب المضمون عنه بذلك الحق. أما التزام طرف ثالث هنا فإنه قائم على محض التبرع^(٣).

الدليل الثاني: أن ضمان الطرف الثالث ذريعة إلى الوقوع في الربا، فيحرم عملاً بقاعدة سد الذرائع.

(١) ممن ذهب إلى هذا القول من المعاصرين د. الضير ود. السالوس ود. العثماني ينظر: بحوث في قضايا فقهية معاصرة، د. تقي الدين عثمان، والخدمات الاستثمارية للشبيلي (١٤١/٢).

(٢) لابن قدامة (٧٦/٧).

(٣) ينظر: الصكوك للشعبي (ص ٢٨٨).

وذلك أن الطرف الثالث إذا جاز له ضمان الأصل فيجوز له ضمان نسبة من الربح وبذلك يفتح باب الربا.

يناقش: بأن ضمان الرف الثالث كما في قرار المجمع لم يتضمن إجازة ضمان الربح، وعليه فلا يلزم منه ضمان الربح، ثم إنه لا يسلم كونه ذريعة إلى الربا ما دام من طرف خارج العقد مثل التورق العادي. القول الثاني: ذهب بعض العلماء المعاصرين إلى جواز التزام طرف ثالث في عقد المضاربة منفصل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد بالتبرع - دون مقابل - بمبلغ مخصص لجبر الخسران الذي قد يطرأ على أموال المستثمرين.

وإلى هذا ذهب مجلس مجمع الفقه الإسلامي بجدة في دورته الرابعة^(١) وعدد من الهيئات الشرعية في البنوك الإسلامية.

الأدلة:

استدل أصحاب هذا القول بأدلة منها:

الدليل الأول: ما روى صفوان بن أمية (رضي الله عنه) أن النبي (صلى الله عليه وسلم) استعار منه درعاً يوم حنين، فقال: أغضب؟ فقال (صلى الله عليه وسلم): (لا، بل عارية مضمونة)^(٢). وجه الدلالة: أن الأصل في العارية أنها أمانة، لكن لما التزم النبي (صلى الله عليه وسلم) بضمانها صح الضمان ولزم، ويقاس على العارية المال المضارب به بجامع أن كلاهما أمانة في الأصل^(١).

(١) ينظر: قرار المجمع الفقهي. رقم (٥/د-٤/٨-٨٨) عام ١٤٠٨ هـ.

(٢) تقدم تحريجه.

ونوقش: بأنه لو صح الاستدلال بهذا الحديث لجاز أن يضمن العامل في المضاربة بالشرط كالمستعير، والإجماع منعقد على منعه^(٢).

ويجاء بأن أصل المسألة في ضمان رأس المال دون الربح.

الدليل الثاني: حديث جابر (رضي الله عنه) قال: كان (صلى الله عليه وسلم) لا يصلي على رجل عليه دين فأتي بميت ليصل عليه، فسأل هل عليه دين؟ قالوا: نعم ديناران. قال: صلوا على صاحبكم، قال أبو قتادة (رضي الله عنه) هما علي يا رسول الله. فصلى عليه^(٣).

وجه الدلالة: أن النبي (صلى الله عليه وسلم) قبل التزام طرف ثالث عن المدين والدائن في وفاء الدين، فدل على جواز تبرع طرف ثالث عن طرفي عقد المضاربة بضمان الصكوك.

الدليل الثالث: أن التبرع في عقد المضاربة بالضمان من طرف ثالث هو بذل مثل سائر التبرعات، وإذا كان التبرع بالمال جائزاً فإن التبرع بالضمان هو أخرى بالجواز.

ونص قرار مجمع الفقه الإسلامي^(٤): (ليس هناك ما يمنع شرعاً من النص في نشرة الإصدار، أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث، منفصل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد، بالتبرع دون مقابل بمبلغ مخصص لجبر الخسران في مشروع معين، على أن يكون التزاما مستقلا عن عقد المضاربة، بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطاً في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه، ومن ثم فليس لحملة

(١) ينظر: تصوير حقيقة سندات المقارضة د. سامي حمود (ص ١٩٢٩).

(٢) ينظر: الخدمات الاستثمارية للشبيلي (١٤٦/٢).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٩٥) ومسلم في صحيحه برقم (٨٦٧).

(٤) مجلة المجمع العدد الرابع (٢١٦٤/٣).

الصكوك أو عمل المضاربة الدفع ببطان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما يتبرع به بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقد).

ويتضح من القرار أنه أجاز ضمان الطرف الثالث بضوابط وهي:

١- أن يكون الطرف الثالث مستقلاً في ذمته وشخصيته المالية عن طرفي العقد.

٢- أن يكون وعد الطرف الثالث على أساس التبرع بجبر الخسارة.

٣- أن يكون التزام الطرف الثالث مستقلاً عن عقد المضاربة.

وعلى ذلك فلا يصح ضمان الطرف الثالث في كل من الصور الآتية:

ضمان الشركة القابضة إحدى الشركات التابعة لها، أو العكس.

● ضمان شركة ذات غرض خاص ينشؤها المصدر لغرض ضمان الإصدار، بغض النظر عن التسجيل القانوني لاسم مالك هذه الشركة ذات الغرض الخاص.

● ضمان دولة أو بنكها المركزي إصداراً أصدرته إحدى الوزارات أو المؤسسات الحكومية في ذلك البلد، أو العكس، لأنه وإن كان المصدر وزارة ما والضامن وزارة أخرى أو البنك المركزي، فالنتيجة أنها كلها جهات ممثلة للدولة^(١).

● لكن المتأمل للتطبيقات العملية لضمان الطرف الثالث في بعض المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية يلحظ عدم إعمال هذه القيود والضوابط بدقة بحيث يتضح عدم استقلال الطرف الثالث وانفصال شخصيته وذمته المالية عن ذمة جهة الإصدار، ومن ذلك^(١):

(١) ينظر: ملكية حملة الصكوك د. حامد ميرة (ص ١٧).

- ١- جاء في توصيات الندوة الفقهية الاقتصادية المنعقدة بين مجمع الفقه الإسلامي والبنك الإسلامي للتنمية في (١٦/٥/١٤١١هـ): جوار ضمان البنك لما يبيعه لصندوق الاستثمار التابع له، والذي يتولى إدارته على أساس المضاربة مع أن البنك قد يكون من أكبر المساهمين في الصندوق.
 - ٢- جاء في توصيات ندوة البركة السادسة للاقتصاد الإسلامي: جواز ضمان فرع بنك البركة في جدة لأموال المستثمرين في بنك البركة، بلندن، إذا اقتضت قوانين بلد البنك المضمون (فرع لندن) ضمان أموال المستثمرين.
 - ٣- جوزت الهيئة الشرعية للبنك الأردني الإسلامي ضمان الدولة لأموال الأوقاف المستثمرة التي تديرها وزارة الأوقاف.
 - ٤- جاء في المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بتحديد المقصود باستقلال الطرف الثالث، المتعهد بالضمان في كونه جهة مالكة أو مملوكة بما لا يزيد عن النصف للجهة المتعهد لها^(٢).
- ويلحظ على هذه التطبيقات عدم تحقق استقلال الطرف الثالث بما لا يحقق الضوابط التي ذكرها قرار المجمع الفقهي الدولي.
- ومن خلال ما تقدم من عرض الأقوال والأدلة والمناقشات وبعض الحالات التطبيقية يمكن التوصل للنتائج الآتية:

(١) ينظر: الخدمات الاستثمارية للشبيلي (١٤٥/٢). والصكوك للشعبي (ص ٢٨٥).

(٢) المعايير الشرعية (ص ٢٠٩).

١ - هناك تطبيقات لا تحقق الضوابط التي ذكرها قرار المجمع الفقهي مما يجعل القول بالمنع متجها باعتبار عدم استقلال الذمة المالية بين المتعهد بالضمان والمضمون عنه، مما يترتب عليه ضمان العام لرأس المال.

٢ - ضمان الطرف الثالث مقصور الوقوع من الناحية النظرية، مثل لو رغبت الحكومة دعم أنشطة معينة، وتحفيز المستثمرين للدخول فيها من خلال التبرع بالضمان عند حصول الخسارة، وبذلك تكون الضوابط التي ذكرها قرار المجمع الفقهي الدولي متوافرة في مثل هذه الصور فيكون القول بالجواز راجحاً حينئذ في هذه الحالة وأمثالها.

لكن هذا الحل من الناحية العملية قليل الحدوث فلا يعتبر حلاً مناسباً عملياً لقضية الضمان في الصكوك الإسلامية، إذ الغالب في الطرف الثالث الذي يتبرع بالضمان لا يضمن إلا إذا كان له صفة أو مصلحة في المعاملة محل التعاقد.

الحال الثانية: أن يكون التزام الطرف الثالث بالضمان مقابل عوض.

إذا التزم طرف ثالث بضمان رأس المال أو رأس المال والربح في استثمارات الصكوك فإن هذا التصرف يكون نوعاً من التأمين التجاري.

وجمهور المعاصرين على تحريمه وصدر به قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي. ويحرم لما فيه من أكل أموال الناس بالباطل، ولما يشتمل عليه العقد من غرر فاحش مفسد للعقد.

المسألة الخامسة: إجارة العين لمن باعها إجارة منتهية بالتملك

لعل من أكثر الحلول التي طبقت للتعامل مع هذه المخاطر هو عقد الإيجار المنتهي بالتمليك أو مع الوعد بالتمليك، حيث ينبني على هذا العقد أن يقوم المستأجر في نهاية العقد بشراء الأصل بقيمة محددة مسبقاً. ويمكن أن يعد المستأجر طرفاً ثالثاً ضامناً إذا لم يكن هو المصدر للصكوك. وفي الواقع العملي ونتيجة لتشابك المصالح والعلاقات بين أطراف التعاقد فإنه لا يمكن الفصل بين بعض الأطراف كالمستأجر والمصدر إلا اسماً.

وتعد هذه الصيغة إحدى آليات ضمان رأس مال حملة صكوك الأعيان المؤجرة، فحامل الصك قد دفع قيمة الصك، وضمن له مصدره استرداده من خلال التعهد بشراء الأصل المؤجر بقيمته الاسمية عند الإطفاء، أو الاسترداد، وفيما يأتي التعرف بالمسألة وبيان حكمها الشرعي.

أولاً: تعرف إجارة العين لمن باعها إجارة منتهية بالتمليك:

صورة المسألة: أن يقوم المشتري بإجارة العين التي اشتراها لمن باعها منه بإجارة منتهية بالتمليك.

والإجارة إما أن تكون إجارة تشغيلية أو منتهية بالتمليك لكن محل المسألة هنا إجارة منتهية بالتمليك.

ثانياً: حكم إجارة العين لمن باعها إجارة منتهية بالتمليك:

الإجارة المنتهية بالتمليك معاملة مركبة من عقود والتزامات متتابعة مترابطة، تهدف إلى تحقيق غرض تمويلي تبدأ بتأجير العين، وتنتهي بتمليكها للمستأجر في نهاية مدة الإجارة بعد سداد كل الأقساط،

وسيكون الحديث عن صور الإجارة المنتهية بالتملك المشروعة وبالضوابط التي جاءت في قرار المجمع، وهي:

- ١- وجود عقدين منفصلين، يستقل كل منها عن الآخر زماناً بحيث يكون إبرام عقد الهبة أو الوعد بهما بعد عقد الإجارة.
- ٢- أن تكون الإجارة حقيقة فعلية، وليست ساترة للبيع.
- ٣- أن يكون ضمان العين المؤجرة على المالك لا المستأجر.
- ٤- إذا اشتمل العقد على تأمين العين المؤجرة، فيجب أن يكون تعاونياً إسلامياً لا تجارياً، ويتحمله المالك المؤجر، لا المستأجر.
- ٥- يجب أن تطبق على عقد الإجارة المنتهية بالتملك أحكام الإجارة طوال مدة الإجارة.
- ٦- تكون نفقات الصيانة غير التشغيلية على المؤجر لا على المستأجر طوال مدة الإجارة.

أما مسألة إجارة العين لمن باعها إجارة منتهية بالتملك فقد اختلف المعاصرون فيها على قولين:

القول الأول: عدم جواز هذه المعاملة وهذا قول أكثر المعاصرين منهم الأستاذ الدكتور الصديق

الضرير^(١)، والأستاذ الدكتور نزيه حماد^(٢) ومعالي الشيخ عبد الله بن سليمان بن منيع^(٣).

(١) ينظر: تعقيبه على بحث اشتراط الإجارة في عقد البيع (ص ١٢) الملتقى الفقهي الرابع للراجحي.

(٢) ينظر: صكوك الإجارة (ص ٢٣-٢٧) وإجارة العين لمن باعها (ص ٩-١٤).

(٣) كما صرح بذلك في الملتقى الفقهي الرابع لمصرف الراجحي حيث تراجع عن رأيه الذي وافق فيه على إجارة منتج صكوك حكومة

البحرين.

القول الثاني: جواز هذه المعاملة وهذا قول بعض المعاصرين منهما الأستاذ الدكتور حسين حامد حسان^(١)، والدكتور عبد الستار أبو غدة^(٢).

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: أن صكوك الإجارة في هذه المعاملة بهذه الصيغة من الحيل الربوية فهي عكس العينة.

وذلك أن صكوك الإجارة بالوصف السابق عبارة عن منظومة عقدية مترابطة تتألف من عقود ووعود متتابعة على وجه لا يقبل التجزئة صيغت هدف تمويلي محدد، يتلخص في أن طالب التمويل - المقترض - قد باع عقاراً يملكه إلى المحول - المقرض - (حملة الصكوك) بثمن معجل ثم استعادته بتأجير منته بالتمليك بمبلغ أعلى.

فيكون مصدر الصكوك قد باع عيناً بثمن حال ثم استفاد ملكيتها ممن باعها منه بثمن مؤجل مقسط يزيد عن الثمن الحال^(٣).

المنافشة:

نوقش بما يأتي أولاً: أن العينة المحرمة لا تتحقق إلا بشروط ومنها: ألا يتغير المبيع تغيراً يكون نقص الثمن من أجله، والصورة في هذه المعاملة يفصل العقد الثاني فيها عن العقد الأول مدة طويلة، هي كفيلة

(١) ينظر تعقيبه في ملتنقى الراجحي.

(٢) ينظر تعقيبه في ملتنقى الراجحي.

(٣) ينظر: إجارة العين لمن باعها لنزيه حماد (ص ٩-١١) وصكوك الإجارة لحامد ميرة (ص ٤٠٦-٤٠٧).

بحالة الأسواق وتغير حال المبيع، ثم إنه قد تم الفصل بين البيعة الأولى والثانية بعقد أجنبي طويل الأمد، وعليه فإنه ينتفي وصف العينة عن صكوك الإجارة في هذه المعاملة بهذا الاعتبار^(١).

الإجابة:

- ١- يجاب بأنه إذا أخذ بحالة الأسواق فيكون بسعر السوق، لكن الحاصل أنه بالقيمة الاسمية. وأجيب أيضاً بما يأتي^(٢):
- ٢- أن العينة لم تحرم لذاتها وإنما لكونها ذريعة وحيلة على الربا، وعليه فإنه وإن قيل بأن هذه الشروط قد انتفت فإن صكوك الإجارة هنا صيغة ظاهرة كونها ذريعة إلى الربا.
- ٣- أن ما ذكر من مضي مدة طويلة بين العقدین هو أمر غير مؤثر، ولا ينفي الحيلة الربوية في صكوك الإجارة، وذلك لأن العوض الثاني محدد مسبقاً، والزيادة (الأجرة) محددة سلفاً مع تعهد وضمان كامل من المصدر باستمرار الإجارة، ثم الشراء بالحالة التي تكون عليها، وبالثمن المعلوم المحدد سلفاً، وعليه فلو كان شراء العين بعد عشر سنوات مثلاً بسعر السوق الحقيقي - لكان مقبولاً ما ذكر من وجود مدة كافية لحالة الأسواق.

(١) ينظر: اشتراط الإجارة في عقد البيع، أ.د. د. عبد الله العمار (ص ٤٣)، وتعقيب الشيخ محمد تقي العثماني (ص ٢-١)، وتعقيب

الدكتور عبد الستار أبو غدة (ص ٤) من الملتقى الفقهي الرابع لمصرف الراجحي.

(٢) ينظر: صكوك الإجارة لحامد ميرة (ص ٤٠٧-٤٠٩).

ثانياً : أن العقود الفاسدة إذا أمكن تصحيحها على وجه فهو الأولى.

وما ذكر من كون صكوك الإجارة من قبيل بيع العينة له وجاهاً، ولكن يمكن تصحيح العقد ونفي العينة بإدخال طرف ثالث، ومثاله: أن يبيع (البائع) إلى وسيط مالي (بنك) العين، وعندما يملكها وتدخل في ضمانه يقوم بتصكيكها وبيعها للمستثمرين ثم يقومون هم بإجارتها على (البائع) تأجيراً منتهياً بالتملك.

الجواب: أن العينة إنما حرمت لما تقول إليه من الربا المحرم، فلا ينقلب الحرام حلالاً بإدخال طرف ثالث^(١).

يقول ابن قيم الجوزية: (وللعينة صورة خامسة، وهي أقبح صورها وأشدّها تحريماً، وهي أن المترايين يتواطآن على الربا ثم يعمدان إلى رجل عنده متاع فيشتريه من المحتاج ثم يبيعه للمربي بثمان حال ويقبضه، ومن ثم يبيعه إياه للمربي ثمن مؤجل وهو ما اتفقا عليه، ثم يعيد المتاع إلى ربه ويعطيه شيئاً، وهذه تسمى الثلاثية، لأنها بين ثلاثة وإذا كانت السلعة بينهما خاصة فهي الثنائية، وفي الثلاثية أدخلا بينهما محلاً يزعمان أنه يحلل ما حرم الله من الربا، وهو كمحلل النكاح، فهذا محلل الربا، وذلك محلل الفروج، والله لا تخفى عليه خافية، بل يعلم خائنة الأعين وما تخفي الصدور)^(٢).

(١) ينظر: تعقيب الدكتور عجيل النشمي في الملتقى الفقهي الرابع لمصرف الراجحي (ص ٧) وصكوك الإجارة لحامد ميرة (ص ٤٠٩).

(٢) إعلام الموقعين (٣/٣٢٣).

الدليل الثاني: تعد صكوك الإجارة في هذه المعاملة صورة من بيع الوفاء الذي نص جمهور العلماء على تحريمه^(١).

وبيع الوفاء: أن يتواطأ اثنان على أن يقرض أحدهما الآخر مبلغاً من المال، على أن يدفع المقرض عيناً - كعقار - إلى المقرض ينتفع بها أو بغلتها، على أنه متى ما رد المال رد العين. فيرجع إليه القرض وزيادة منفعة العقار.

وصكوك الإجارة هنا يتطبق عليها هذا التصور، لأن مصدر الصكوك في حقيقة الأمر قد أخذ من المكتتبين في الصكوك مبلغاً، وأعطاهم عيناً ينتفعون بغلتها، حتى يرد المبلغ في نهاية المدة.

المناقشة:

نوقش: بأنه من المحتمل النكول عن الوعد، وعدم الإبرام للبيع بمعارضة المستأجر أو المؤجر، فيتبين أن عودة الأعيان المؤجرة إلي الملك السابق ليست حتمية، وأنها إن عادت تعود من خلال عقد البيع الذي لا بد منه مع وجود التعهد، وبهذا يزول الاشتباه بأن إجارة العين لمن باعها إجارة منتهية بالتملك من قبيل بيع الوفاء، لأن بيع الوفاء يتم فيه - بعد الشراء لحله - تعهد بالرد للمبيع في أي وقت يعيد فيه البائع الثمن للمشتري، وهذا الرد ملزم ولا يحتاج إلى عقد بيع جديد بين المالك الحالي والمالك السابق بل يثبت الحق للمالك السابق بمجرد رد الثمن (القرض) ولا يملك المشتري بالوفاء البيع للغير. في حين أن المؤجر في

(١) للاستزادة في بيع الوفاء ينظر: المنفعة في القرض للباحث (ص ٣٦٨).

التأجير المنتهي بالتمليك يملك البيع للغير وتنقل الملكية محملة بالوعد بالتمليك كما ينتقل حق أي مستأجر في حالة بيع المؤجر الأصل المؤجر إجارة تشغيلية^(١).

الجواب:

يمكن أن يجاب من وجهين:

- ١- أنه لا يسلم بوجود هذا الفرق لأن المعاملة حسب تطبيقها في الواقع معاملة مركبة من عقود والتزامات مترابطة لا مجال لتخلف أي من الالتزامات فيها حسب الطريقة التي تجري بها.
- ٢- أنه لا سلم وجود هذا الفرق فإن العبرة بالنتائج التي تؤدي إلى هذه المعاملة، فإنها تتشابه مع بيع الوفاء.

الدليل الثالث: أن صكوك الإجارة في هذه المعاملة صيغة مركبة من جملة من العقود الصورية، مؤداها أنها حيلة على الربا. ويتضح ذلك من خلال ما يأتي:

- ١- أن هذه الصكوك ما هي إلا السندات الربوية مع تغيير الأسماء فالسند سمي صك إجارة، وعائد السند سمي أجرة، وما يمثله السند من قرض سمي ملكية عين مؤجرة، واسترداد قيمة السند عند إطفائه سمي بيع العين على المستأجر.
- ٢- ازدادت الصكوك على السندات بمجموعة من الأوراق التي يوقعها الطرفان في مجلس واحد، فهي دراهم بددراهم بينهما حرية، ويكون إثمها أكبر لاقتران الربا بالحيلة.

(١) ينظر تعقيب الدكتور عبد الستار أبو غدة في الملتقى الفقهي الرابع لمصرف الراجحي (ص ٦).

٣- أنه ليس للمكتبتين غرض صحيح في تملك العين المبيعة، خصوصاً مع جهالة العين المبيعة، في بعض التطبيقات.

٤- أنه وجد في بعض التطبيقات^(١) بيع لمرافق حيوية، لا يتصور أن تتناول فيها الدول حقيقة عن ملكية مرافقها السيادية، وتجعل التصرف فيها لغيرها من المواطنين والأجانب، مما يدل على أن العقد صوري وليس حقيقاً، الهدف منه الحصول على التمويل^(٢).

أدلة القول الثاني:

جاءت أدلة القول الثاني مضمنة في المناقشات لأدلة القول الأول.

الراجع:

يتبين من خلال الأدلة والمناقشات أن الراجح والله أعلم هو القول الأول، وهو منع هذه الصورة، وعلى ذلك فلا يجوز تصكيكها أو تداولها.

وقد حاول ههيكلو الصكوك الخروج عن الإشكال الشرعي المثار على الصيغة الماضية من كون تلك الصيغة صورة من صور العينة، فقاموا باستحداث طرف ثالث (شركة ذات غرض خاص SPV) يكون غرضه شراء الأصل من المصدر، ثم يبيعه على حملة الصكوك (أو من يمثلهم)، ثم يستأجر المصدر الأصل من حملة الصكوك تأجيراً مقترناً بالوعد بالتمليك (أو يستأجره مع إصداره وعداً ملزماً بإعادة شراء الأصل بالقيمة الاسمية).

(١) مثل: إصدار صكوك البحرين عام ٢٠٠٤م والذي باعت فيه الحكومة جزءاً مشاعاً من أرض مطار البحرين الدولي.

(٢) ينظر: صكوك الإجارة لحامد ميرة (ص ٤١٣-٤١٤).

والحكم في هذه المسألة أنها حيلة ربوية من العينة الثلاثية.

المسألة السادسة: التأمين التعاوني لضمان هلاك أصول الصكوك أو نقصها:

هذه الصيغة من الصيغ الأولية، ويمكن أن تعد من أنواع الضمانات المقدمة لحملة الصكوك وذلك بأن يتم إنشاء صندوق للتأمين التعاوني، أو التعاقد مع إحدى شركات التأمين التعاون للتأمين على أصول الصكوك من الهلاك أو النقص.

ويتيم الإفصاح في نشرة إصدار الصكوك عن كون جزء من موجودات الصكوك سيتم دفعه كاشتراك في تأمين تعاوني على أصول الصكوك.

والحكم في هذه الصيغة ينبغي على جواز صيغة التأمين التعاون المستجمع للضوابط الشرعية^(١)، مع التأكيد على أهمية وجود تدقيق ورقابة شرعية ذات كفاءة تتأكد من تطبيق قرارات الهيئة الشرعية في الواقع العملي للتأمين المقدم لحملة الصكوك^(٢).

وبالتأمل في هذه الصيغة يظهر أنها من ضمان الطرف الثالث المستقل عن طرفي العقد، من خلال عقد التأمين التعاوني.

(١) ينظر: توصيات وأبحاث الملتقى الأول والثاني للتأمين التعاوني الهيئة الإسلامية العالمية للاقتصاد والتمويل.

(٢) ينظر: ملكية حملة الصكوك لحامد ميرة (ص ١٨).

المسألة السابعة: وسائل حماية رأس المال وإدارة المخاطر:

يذكر بعض الباحثين هذه الوسائل ضمن الضمانات للصكوك وهي في الواقع ضمانات مجازاً، وهي الأنسب من الضمانات الحقيقية إذا نظرنا إلى الصكوك كأداة استثمارية مبنية على عقود شرعية حقيقية، لكنها لا قد لا تحقق الضمانات التي يحتاج إليها في الصكوك كورقة مالية.

ومن تلك الوسائل: دراسة الجدوى، والتأمين الدقيق، وتنويع الاستثمار، وتكوين احتياطي من أرباح حملة الصكوك، والتحوط، إلى غير ذلك من الوسائل لحماية رأس المال، وإدارة المخاطر المتنوعة^(١).

(١) ينظر: إدارة مخاطر الصكوك الإسلامية، د. أشرف محمد دوابه.

الخاتمة

الحمد لله أولاً وآخراً وظاهراً وباطناً، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، وخاتم الأنبياء

والمرسلين، وبعد:

إن تقديم الصكوك كورقة مالية أبعدنا عن حقيقتها الاستثمارية، ويلاحظ ذلك عند دراسة

الضمانات على الصكوك الإسلامية والتي لم تتلاءم مع طبيعتها، فالأصل مثلاً في عقد المضاربة أن

المضارب لا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط، ولا يجوز بحال ضمان رأس المال والربح.

وبتتبع أنواع الضمانات وجد أنها لا تصلح للضمان إما للمخالفة الشرعية أو عدم الجدوى الاقتصادية أو

غير ذلك، فكان التوجه للتأمين التعاوني ووسائل حماية رأس المال وإدارة المخاطر.

وبهذه المناسبة أؤكد على أهمية مواصلة البحث من قبل الباحثين والمراكز البحثية لتطوير الصيغ الإسلامية

وفق الضوابط والمقاصد الشرعية.

والله الموفق...

فهرس المصادر والمراجع:

- ١ - الأم: الإمام محمد بن إدريس الشافعي، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٩هـ.
- ٢ - إدارة مخاطر الصكوك الإسلامية، د. أشرف محمد دوابه، المجلة المصرية للدراسات.
- ٣ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساسني الحنفي، دار الكتب العلمية، ط٢، ١٤٠٦هـ.
- ٤ - البنك اللاربوي في الإسلام لمحمد باقر الصدر. دار التعارف للمطبوعات، بيروت، لبنان، ط٨، ١٤٠٣هـ.
- ٥ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لمحمد بن أحمد بن رشد، المكتبة التجارية الكبرى بمصر.
- ٦ - تحفة المحتاج بشرح المنهاج: أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي الشافعي، دار إحياء التراث العربي.
- ٧ - التحوط في التمويل الإسلامي للدكتور سامي بن إبراهيم السويلم، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، ١٤٢٨هـ.
- ٨ - تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشرعية الإسلامية للدكتور سامي حسن حمود، مطبعة الشروق، عمان، ط٢، ١٤٠٢هـ.
- ٩ - تفسير آيات أشكلت، لشيخ الإسلام ابن تيمية، مكتبة الرشد، الرياض، ط١، ١٤١٧هـ.
- ١٠ - التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر المالكي، تحقيق: د. عبد الله بن عبد الحسين التركي، دار هجر، القاهرة، ط١، ١٤٢٦هـ.
- ١١ - تهذيب الأسماء واللغات: أبو زكريا بن شرف النووي، دار الكتب العلمية، بيروت.

- ١٢- الحاوي الكبير في مذهب الإمام الشافعي (رضي الله عنه): أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب
الماوردي البصري الشافعي، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب
العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٤هـ.
- ١٣- الخدمات الاستثمارية في المصارف وأحكامها في الفقه الإسلامي، د. يوسف بن عبد الله الشبيلي،
دار ابن الجوزي السعودية ط١، ١٤٢٥هـ.
- ١٤- الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة، د. عبد الله بن محمد السعيد، دار طيبة للنشر، الرياض ط١،
١٤٢٠هـ.
- ١٥- الصحاح: إسماعيل بن حماد الجوهري، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت،
ط٤، ١٩٩٠م.
- ١٦- صكوك الإجارة الموصوفة في الذمة والمنتھية بالتمليك، د. عبد الله بن محمد العمراني، كلية الشريعة
بالياب، ١٤٣٢هـ.
- ١٧- صكوك الإجارة، حامد بن حسن ميرة، دار الميمان للنشر والتوزيع، الرياض، ١٤٢٩هـ.
- ١٨- الصكوك البديلة عن سندات الفائدة وتطبيقاتها المعاصرة في المؤسسات المالية، د. عبد الحكيم
الشعبي، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة الأزهر، كلية الشريعة، قسم الفقه المقارن ٢٠١٠م.
- ١٩- كشف القناع عن متن الإقناع: منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، تحقيق: هلال مصيلحي، دار عالم
الكتب.
- ٢٠- لسان العرب: ابن منظور، تحقيق: عبد الله بن علي الكبير وآخرين، دار المعارف، القاهرة.
- ٢١- المبسوط: محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي الحنفي، دار المعرفة، بيروت، ١٤١٦هـ.

- ٢٢- مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية وكيف عالجها الإسلام للدكتور محمد صلاح الصاوي، دار المجتمع ودار الوفاء المنصورة، ط١، ١٤١٠هـ.
- ٢٣- المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق للدكتور عبد الرزاق الهيتي، دار أسامة، الأردن، ط١، ١٩٩٨م.
- ٢٤- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير: أبو العباس أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، اعتنى به: عادل مرشد.
- ٢٥- المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المنامة ١٤٣٠هـ.
- ٢٦- ملكية حملة الصكوك وضماناتها، د. حامد بن حسن ميرة، ورقة عمل مقدمة إلى ندوة البركة (٣٢)، جدة، ١٤٣٢هـ.
- ٢٧- المنتقى شرح الموطأ، أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي، دار الكتاب الإسلامي.
- ٢٨- مواهب الجليل شرح مختصر خليل: أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن الخطاب المالكي، دار الفكر، ط٣، ١٤١٢هـ.
- ٢٩- الموسوعة الفقهية: إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في الكويت، مطبعة ذات السلاسل.

محتويات البحث:

٢٣١	المقدمة.....
٢٣٣	المبحث الأول: تعريف الضمانات في الصكوك الإسلامية.....
٢٤٠	المبحث الثاني: أنواع الضمانات في الصكوك الإسلامية وأحكامها الفقهية.....
٢٤٠	المسألة الأولى: الالتزام بضمان القيمة الاسمية للصك.....
٢٤٤	المسألة الثانية: تضمين المصدر باعتباره مضارباً مشتركاً.....
٢٤٦	المسألة الثالثة: تبرع جهة الإصدار بضمان الصكوك.....
٢٤٨	المسألة الرابعة: التزام طرف ثالث بضمان الصكوك.....
٢٥٤	المسألة الخامسة: إجارة العين لمن باعها إجارة منتهية بالتملك.....
٢٦٢	المسألة السادسة: التأمين التعاوني لضمان هلاك أصول الصكوك أو نقصها.....
٢٦٢	المسألة السابعة: وسائل حماية رأس المال وإدارة المخاطر.....
٢٦٤	الخاتمة.....
٢٦٥	فهرس المصادر والمراجع.....